



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA**

Popayán, diecinueve de marzo de dos mil veinte

Magistrado ponente: **CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO**

**Expediente:** 19001 33 33 003 2014 00235 01  
**Actor:** GUILLERMO LEÓN ALEGRÍA  
**Demandado:** CREMIL  
**Medio de control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**Segunda Instancia**

Decide la Sala el recurso de apelación impetrado por la parte demandada, contra la sentencia dictada el 25 de julio de 2017, en la audiencia inicial, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Popayán.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. PARTE DEMANDANTE**

GUILLERMO LEÓN ALEGRÍA  
C.C. No. 76.316.942

### **2. PARTE DEMANDADA**

CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

### **3. LA DEMANDA**

La parte demandante, a través de apoderado, por medio del control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la parte demandada, solicitó, en síntesis:

Que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

Del Oficio No. 2014 35921 de 30 de mayo de 2014, en el cual se negó el reajuste de la asignación de retiro con inclusión del subsidio familiar.

Que a título de restablecimiento del derecho se reajuste la asignación de retiro, con inclusión del subsidio familiar en la misma proporción que lo percibió en actividad, esto es, 62,5%, a partir del 23 de agosto de 2011.

Que se pague la diferencia resultante, que las sumas sean indexadas, se reconozcan intereses de mora y se condene en costas a la demandada.

### **Hechos**

El sustento fáctico de la demanda se reduce a lo siguiente:

**Expediente:** 19001 33 33 001 2015 00256 01  
**Actor:** GUILLERMO LEÓN ALEGRÍA  
**Demandado:** CREMIL  
**Medio de control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Segunda Instancia

El señor Guillermo León Alegría, prestó sus servicios como soldado profesional en el Ejército Nacional, por más de 20 años.

Durante su servicio activo, causó y percibió el subsidio familiar.

Posteriormente, le fue reconocida una asignación de retiro, por Resolución No. 3889 de 23 de agosto de 2011.

En la asignación de retiro no fue incluido como partida computable el subsidio familiar.

Previa solicitud, la entidad negó el reajuste de la asignación con inclusión del subsidio familiar, en el acto demandado. *Fls. 19 y siguientes*

#### **4. RECUENTO PROCESAL**

La demanda fue presentada el 11 de junio de 2015, repartida al Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Popayán, donde se admitió y se notificó en debida forma a las partes –folios 44 y siguientes, C. ppal.-.

#### **5. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL**, contestó la demanda en tiempo oportuno y a través de apoderado.

En la contestación, se opuso a las pretensiones y aceptó como ciertos los hechos expuestos, salvo los relacionados con los incrementos reclamados.

Planteó las excepciones de legalidad de las actuaciones, carencia de fundamento jurídico para solicitar la inclusión del subsidio familiar, no violación del derecho a la igualdad, y no configuración de causal de nulidad. *Fls. 61 y siguientes.*

#### **6. ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO**

En la audiencia inicial, en la etapa de saneamiento, se incorporó como demandado, el Oficio No. 64325 de 17 de diciembre de 2012, en el cual se había negado la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro. Ante la inexistencia de pruebas por practicar, se pasó a la etapa de alegatos y se dictó la sentencia.

#### **7. LA SENTENCIA APELADA**

Se trata de la sentencia dictada el 25 de julio de 2017, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Popayán, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda.

#### **8. EL RECURSO DE APELACIÓN**

La **entidad demandada**, apeló de la decisión anterior en tiempo oportuno.

**Expediente:** 19001 33 33 001 2015 00256 01  
**Actor:** GUILLERMO LEÓN ALEGRÍA  
**Demandado:** CREMIL  
**Medio de control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Segunda Instancia

Alegó, esencialmente, que la normatividad especial aplicable al actor, no contempla el subsidio familiar para la liquidación de la asignación de retiro, lo que sustentó con cita y transcripción de aparates de sentencias del Consejo de Estado, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y de la Corte Constitucional.

Apeló también la condena en costas, para lo cual adujo que no actuó de mala fe o con temeridad. *Fls. 108 y siguientes*

## **9. TRÁMITE DE LA SEGUNDA INSTANCIA**

Interpuesto el recurso, se celebró la audiencia de conciliación, que se declaró fracasada. En consecuencia, el recurso fue concedido y admitido y se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para presentar sus alegatos de conclusión en esta instancia. La parte actora alegó a folios 16, y la entidad demandada lo hizo a folios 15 del cuaderno del recurso. El Ministerio Público no conceptuó en esta instancia.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1. La competencia**

El TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA es competente para conocer de este asunto en segunda instancia, de acuerdo al artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, porque se trata de resolver el recurso de apelación impetrado contra la sentencia dictada el 25 de julio de 2017, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Popayán.

### **2. Lo demostrado y los actos administrativos demandados**

Con los elementos de prueba allegados, están demostrados los siguientes hechos:

El señor Guillermo León Alegría, prestó sus servicios en el Ejército Nacional, así: como soldado regular, desde el 22 de marzo de 1990 hasta el 14 de septiembre de 1994, como soldado voluntario desde el 1 de enero de 1992 hasta el 31 de octubre de 2003, y como soldado profesional, desde esa fecha hasta el 29 de agosto de 2011, para un total de 20 años, 3 mes y 6 días.

Por la prestación de los servicios devengó los siguientes haberes: sueldo básico, subsidio familiar, prima de antigüedad, seguro de vida y bonificación de orden público. De estas, se consideraron como partidas computables para la asignación de retiro: el sueldo básico y la prima de antigüedad.

Lo anterior consta en la hoja de servicios, el acto de retiro y la certificación de tiempo de servicios a folios 75, 15 y 86 del cuaderno principal.

Con sustento en lo anterior, le fue reconocida una asignación de retiro por Resolución No. 3889 de 23 de agosto de 2011.

En esta resolución se consideró que el actor tenía derecho a una asignación de retiro de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en cuantía del 70% del

**Expediente:** 19001 33 33 001 2015 00256 01  
**Actor:** GUILLERMO LEÓN ALEGRÍA  
**Demandado:** CREMIL  
**Medio de control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Segunda Instancia

salario mensual, en los términos del inciso primero del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, adicionado en un 38,5% de la prima de antigüedad; efectiva a partir del 29 de agosto de 2011. Copia de la resolución está a folios 10 y 82 reverso y siguientes.

La asignación de retiro fue liquidada así: el 70% del sueldo básico, que se tomó igual a un salario mínimo legal mensual incrementado en un 40%, luego se sumó el 38,5% por la prima de antigüedad, a lo que se le aplicó el 70%. Esto consta a folio 14.

Respecto de esta prestación, solicitó el reajuste con la inclusión del subsidio familiar, en petición de 22 de noviembre de 2012, que le fue negada por Oficio No. 64325 de 18 de diciembre de 2012, a folios 90 y siguientes, y posteriormente en solicitud de 28 de mayo de 2014, que fue negada por Oficio No. 2014 35921 de 30 de mayo de 2014, a folios 7 y siguientes.

También pidió el reajuste de la asignación de retiro, con un salario mínimo legal mensual incrementado en un 60%, y con aplicación de la fórmula sin afectar doblemente la prima de antigüedad, según consta en el expediente, lo que fue denegado por la entidad, pero lo que no fue demandado en este proceso.

### **3. La sentencia de instancia y los cargos de la apelación**

En contra de los oficios No. 64325 de 18 de diciembre de 2012 y No. 2014 35921 de 30 de mayo de 2014, el señor Guillermo León Alegría instauró la demanda de la referencia, que fue tramitada y sentenciada por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Popayán, que resolvió acceder al reajuste de la asignación de retiro con inclusión del subsidio familiar.

Contra lo así resuelto, la entidad demandada apeló, para que se revoque el reajuste de la asignación de retiro, con sustento en que el subsidio familiar no está contemplado en el ordenamiento jurídico como partida computable para la asignación de retiro.

Luego, en esta instancia le corresponde a la Sala, analizar si es procedente o no el reajuste de la asignación de retiro reconocida al actor, en su calidad de soldado profesional, con inclusión del subsidio familiar.

### **4. De la asignación de retiro para soldados profesionales**

La asignación de retiro para los soldados profesionales, está contemplada en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, y las partidas computables para ella, están previstas en el artículo 13, numeral 2 del mismo Decreto.

En efecto, el artículo 16, establece que los soldados profesionales con 20 años de servicios tienen derecho a percibir una asignación mensual de retiro. Especifica que dicha asignación debe equivaler al 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1 del mismo decreto; adicionado en un 38,5% de la prima de antigüedad. Y advierte que en ningún caso la asignación puede ser inferior a 1,2 SMLMV. El artículo dice literalmente lo siguiente:

Artículo 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de

**Expediente:** 19001 33 33 001 2015 00256 01  
**Actor:** GUILLERMO LEÓN ALEGRÍA  
**Demandado:** CREMIL  
**Medio de control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Segunda Instancia

servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por su parte, el artículo 13, establece que la asignación de retiro para los soldados profesionales debe liquidarse teniendo en cuenta las siguientes partidas –o factores-: i) el salario mensual, en los términos del inciso primero del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 y ii) la prima de antigüedad, en los porcentajes previstos en el artículo 18 del mismo decreto. En el párrafo se advierte que ninguna otra prestación o factor será computable en las asignaciones de retiro, pensiones o sustituciones pensionales. El artículo establece:

**ARTÍCULO 13. PARTIDAS COMPUTABLES PARA EL PERSONAL DE LAS FUERZAS MILITARES.** La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1o del Decretoley 1794 de 2000.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

**PARÁGRAFO.** En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.

En esta normatividad se establece entonces el derecho a la asignación de retiro, las partidas computables, dentro de las cuales aparece el salario mensual que debe determinarse en los términos del Decreto 1794 de 2000, así como la fórmula para el cálculo de la asignación.

De lo anterior, su interpretación y aplicación por parte de los interesados y de Cremil, el Consejo de Estado, Sección Segunda, unificó su posición, en sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, radicado SUJ-015-19, en torno a los siguientes aspectos: i) las partidas computables, ii) la inclusión del subsidio familiar, iii) la asignación salarial que debe aplicarse, iv) la legitimación en la causa de Cremil para decidir sobre el reajuste de esa asignación salarial, v) el cómputo de la prima de antigüedad, vi) y los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015.

La sentencia se articula, principalmente, en los siguientes tres pilares: i) la concordancia que debe existir entre las partidas sobre las cuales se hacen los aportes y las partidas que entonces se incluyen para la liquidación de la asignación de retiro, ii) el principio de igualdad y iii) el principio de progresividad. Al amparo de estos preceptos, en la sentencia se concluye respecto de cada uno de los temas indicados, lo siguiente:

**Expediente:** 19001 33 33 001 2015 00256 01  
**Actor:** GUILLERMO LEÓN ALEGRÍA  
**Demandado:** CREMIL  
**Medio de control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Segunda Instancia

Que las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes: i) aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad, y ii) todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el AL 01 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes.

Que el subsidio familiar, no es partida computable para la liquidación de la asignación de retiro, para quienes la causaron antes del 1 de julio de 2014, porque no estaba así previsto en el ordenamiento jurídico.

Que para los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y que posteriormente fueron incorporados como profesionales, la asignación de retiro debe liquidarse con la asignación salarial a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, teniendo en cuenta que los aportes deben efectuarse sobre dicho valor. Y que para los soldados que se vincularon como profesionales, debe liquidarse con la asignación salarial a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%.

Que respecto de los primeros, CREMIL tiene legitimación en la causa para reajustar la asignación de retiro, sin que se requiera previamente haber obtenido el reajuste del salario devengado en servicio activo. Que, consecuentemente, es viable que haya lugar a realizar descuentos por concepto de los aportes que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, así como el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.

Que para el cálculo de la asignación de retiro, la fórmula que se desprende del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, consiste en que el 70% afecta el salario y a este resultado se le suma el 38,5% de la prima de antigüedad:  $(\text{Salario mensual} \times 70\%) + \text{prima de antigüedad} = \text{Asignación de Retiro}$ ; y no como la aplica Cremil, que toma el salario, le adiciona el porcentaje de la prima de antigüedad y sobre ese resultado calcula el 70%.

Que a los soldados profesionales no se les aplican los incrementos del Decreto 991 de 2015, que están contemplados para oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

## **5. El caso concreto**

Al amparo de esa normatividad y jurisprudencia, la Sala corrobora que al señor Guillermo León Alegría le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la asignación de retiro. Para su liquidación, no debe incluirse el subsidio familiar, porque el actor causó la asignación de retiro en el año 2011, esto es, con anterioridad al 1 de julio de 2014, para cuando aquél no estaba contemplado como partida computable para esta prestación.

**Expediente:** 19001 33 33 001 2015 00256 01  
**Actor:** GUILLERMO LEÓN ALEGRÍA  
**Demandado:** CREMIL  
**Medio de control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Segunda Instancia

Justamente, en la sentencia de unificación se expone el recuento normativo del subsidio familiar, del cual se concluye que solo fue contemplado como partida computable para la asignación de retiro en los decretos 1161 y 1162 de 2014. La sentencia aseveró lo siguiente:

*185. Las normas en comento llevan a concluir que se modificó el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 , para incluir el subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro para los soldados profesionales, de manera que, a partir de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, las partidas computables son las siguientes:*

- *Salario mensual: en los términos del artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, esto es,*
- *Prima de antigüedad: en porcentaje del 38.5%, según lo previsto por el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.*
- *Subsidio familiar en porcentaje del 30% para quienes venían devengándolo por virtud de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009 , y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida .*

Y en el párrafo siguiente aclaró:

*186. Es de anotar que si bien con ocasión del Decreto 1794 de 2000, los soldados profesionales tenían derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual, fue tan solo hasta la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 que tal partida se consagró como computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues con anterioridad a dicha fecha no existía disposición legal que así la contemplara.*

*187. En conclusión, los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30% para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000 y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.*

En cuanto a la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro, consideró que no se vulneraba el derecho a la igualdad entre i) los soldados profesionales respecto de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares –a quienes sí se les incluye el subsidio familiar en la asignación de retiro-, porque son dos grupos diferentes, cuyos aportes y partidas computables varían, y están amparados por regulaciones distintas; y entre ii) los soldados profesionales que consolidaron el derecho a la asignación de retiro antes de la expedición de los decretos 1161 y 1162 de 2014, respecto de quienes lo consolidaron con posterioridad a estos decretos –a quienes se les incluirá el subsidio familiar en la asignación de retiro-, lo que fundó, esencialmente, en el principio de progresividad, en los siguientes términos:

*200. iii) La diferencia de trato está constitucionalmente justificada: En este punto, es igualmente relevante remitirse al ámbito de aplicación del principio de*

**Expediente:** 19001 33 33 001 2015 00256 01  
**Actor:** GUILLERMO LEÓN ALEGRÍA  
**Demandado:** CREMIL  
**Medio de control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Segunda Instancia

*progresividad, el cual admite la adopción de medidas que amplíen el catálogo de derechos, se presente de manera gradual. Así las cosas, el hecho de que el derecho a la asignación de retiro no abarque desde su nacimiento a la vida jurídica absolutamente todas las partidas que se espera que lleguen a conformarla, no vulnera por sí mismo el derecho a la igualdad, teniendo en cuenta que es constitucionalmente admisible que el derecho se amplíe de manera escalonada, lo que de suyo implica que los sujetos que logren consolidar el derecho más adelante podrán gozar lógicamente de mejores condiciones.*

*201. De esta manera, se observa que existe una razón suficiente para un trato jurídico desigual dada por el principio de la progresividad a lo que se agrega el principio formal de la libertad de configuración del legislador o en este caso el ejecutivo para regular la materia, tal y como antes se analizó, de manera que el trato en el plano jurídico de la asignación de retiro que se otorga a los soldados profesionales antes de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 no resulta arbitrario ni injustificado.*

*202. Bajo el modelo descrito, es claro que aunque es cierto que existe un trato jurídico distinto entre sujetos que se encuentran en un plano de igualdad fáctica, lo cierto es que tal situación está justificada en principios de raigambre constitucional, de manera que no se configura la vulneración del derecho a la igualdad.*

*203. En conclusión: Para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal.*

Lo anterior, recompone o reforma el criterio aplicado por el A quo, en el sentido que la no inclusión del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro no trasgrede el derecho a la igualdad de los soldados profesionales, como se deja transcrito.

Por esta razón, se revocará la sentencia, y se negará la pretensión de inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro del actor, como se alegó en la apelación de la entidad demandada.

La Sala aclara que en este proceso no se discutieron otros reajustes en la asignación de retiro, por lo que no son objeto de pronunciamiento alguno.

## **6. Costas de esta instancia**

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del procedimiento civil, contenidas actualmente en el artículo 365 del Código General del Proceso.

La Sala revocará la sentencia en su integridad, incluida la condena en costas impuesta a la demandada; a la vez que no condenará en costas en esta instancia, porque los criterios para



**Expediente:** 19001 33 33 001 2015 00256 01  
**Actor:** GUILLERMO LEÓN ALEGRÍA  
**Demandado:** CREMIL  
**Medio de control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Segunda Instancia

el reajuste de la asignación de retiro de los soldados profesionales se unificaron mientras este proceso estaba en curso.

### **III. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo del Cauca, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley

### **F A L L A**

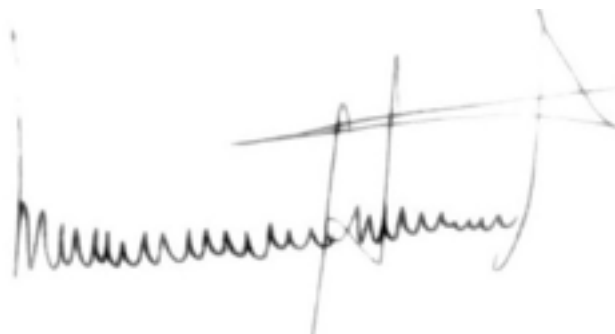
**PRIMERO: Revocar** la sentencia dictada el 25 de julio de 2017, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Popayán, según lo expuesto. En su lugar, negar las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO: Sin condena** en costas, según lo expuesto.

**TERCERO: Devuélvase** al Juzgado de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y ARCHÍVESE**

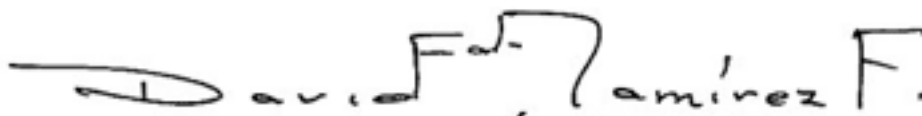
**Los Magistrados**



**CARLOS H. JARAMILLO DELGADO**



**NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ**



**DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO**